UNIVERSITE MONTPELLIER 1
Centre du droit de la consommation et du marché

MASTER 2 RECHERCHE DROIT DU MARCHE

La théorie réaliste de l'interprétation

Réflexion sur la place du juge

Jean-Benoist Belda

Sous la direction de Daniel Mainguy, Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Montpellier

Master 2 Recherche Droit du marché - Année universitaire 2010-2011

Sommaire

CHAPITRE 1 : LA THEORIE REALISTE DE L'INTERPRETATION, REVELATRICE D'UN JUGE CREATEUR DANS LA CONTRAINTE 7

Section 1 : le pouvoir créateur normatif du juge au sens de la théorie réaliste de l'interprétation 7

§1. Le choix adéquat d'une théorie du droit 7

§2. Le juge comme véritable créateur de la norme 9

Section 2 : la complémentarité nécessaire de la théorie réaliste de l'interprétation avec la théorie des contraintes juridiques 13

§1. L'exposé préalable et nécessaire d'une théorie « contrepoids » 13

§2. Une restriction de liberté dans le choix offert au juge assise par la théorie des contraintes juridiques 15

CHAPITRE 2 : LA RELATIVISATION NECESSAIRE DE LA THEORIE REALISTE DE L'INTERPRETATION 18

Section 1 : les éventuels effets pervers d'une totale liberté juridique 18

§1. La liberté juridique totale conférée à l'interprète 18

§2. La théorie réaliste de l'interprétation, un danger potentiel pour le droit 20

Section 2 : L'empiètement indéniable de la théorie réaliste de l'interprétation sur le terrain politique 24

§1. Une théorie juridique sur fond de politique 24

§2. La dérive éventuelle vers un gouvernement des juges 26

1.- « Ministre du sens[1], le juge n'est pas pour autant promu dictateur[2] ». Voilà une phrase lourde de sens, en ce qu'elle implique trois idées distinctes, deux explicites, et une latente. Le juge serait « ministre du sens », et, selon la conception de l'interlocuteur, il apparaîtrait ou non comme un dictateur. Ainsi, il est question de son statut, et des modalités de l'exercice de son pouvoir.

2.- Concernant son statut, il est indéniable que le juge a acquis au fil du temps, une sorte de promotion. Il n'est plus la bouche de la loi comme l'avançait Montesquieu, il n'est plus cet organe subordonné à l'application de la loi, mais il est bel et bien devenu un interprète de cette dernière. Le juge est amené, au cours de l'exercice de sa fonction, à interpréter la loi, à lui donner sa teneur, sa qualité de norme.

3.- La théorie réaliste de l'interprétation se définie donc comme étant un acte de volonté, et non de connaissance, par lequel, le juge, acteur principal de cette théorie, mais pas le seul, va donner, par son pouvoir juridictionnel, sa qualité de norme à un texte qui jusque-là, était simplement un énoncé. Il occupe donc d'une certaine manière la place qui était alors jusqu'ici dévolue au législateur.

4.- Mais avant d'entrée dans le vif du sujet, il est nécessaire de définir brièvement les notions qu'implique cette théorie. Nous avons en effet trois notions importantes dans un seul intitulé.

5.- Tout d'abord, on parle d'une théorie. Cette notion peut revêtir différents sens, elle peut décrire « une métaphysique cosmologique[3] », dans laquelle il s'agit de « découvrir dans le cosmos l'harmonie d'un plan divin ». Aujourd'hui, la notion de théorie revêt un sens plus éloigné de la métaphysique. Et c'est précisément ce sens-là qui nous intéresse le plus. Il s'agit, d'une certaine manière, de se pencher, à l'instar des grecs, sur l'existence d'une réalité cachée et d'en faire une logique, « de ramener la diversité des faits à une unité systémique, reproductible et valable pour des faits analogues à ceux qui font l'objet de cette représentation ». Cette démarche permet de rester neutre.

6.- Ensuite, c'est une théorie dite réaliste. Là encore, plusieurs significations. Le terme de « réalisme » peut désigner un courant de la théorie générale du droit, un type de conduite ou une ontologie. Le sens qui nous intéresse est le premier, relatif au courant de la théorie générale du droit, et qui définit donc le réalisme comme une attitude qui consiste à décrire le droit tel qu'il est réellement et non tel qu'il devrait être (distinction *sein / sollen*).

---

[1] RIGAUX François, « *Le juge, ministre du sens* » in *Justice et argumentation*, mélange Perelman, édition de l'Université libre de Bruxelles, 1986, p. 79 et s.
[2] DE BECHILLON Denys, *« Réflexions critiques »*, *RRJ* 1994-1, p 255.
[3] VIALA Alexandre, *Philosophie du droit,* Ellipses, 2010, p. 191.

7.- Enfin, c'est une théorie réaliste de l'interprétation. La notion d'interprétation est, au sens de cette théorie réaliste, le mécanisme permettant de déterminer la signification d'un énoncé. Et à partir du moment où cette interprétation a lieu dans un cadre normatif aux effets prescriptifs, l'interprétation est dite juridique.

8.- Cette théorie réaliste s'oppose à une théorie plus classique aux termes de laquelle le législateur détient le monopole du sens de la loi. Il représente « le modèle officiel du raisonnement juridique[4] ». Dans cette optique, l'interprétation faite par le juge est « déclarative et non constitutive de sens : elle se borne à dévoiler une signification préexistante, enfouie dans la lettre du texte, elle s'attache à décoder le message qu'y a inscrit l'auteur de la règle[5] ».

9.- Mais comme l'avance P.-A. Côté, cette théorie officielle « donne une vision seulement partiellement vraie, donc aussi partiellement fausse. Elle comporte effectivement de graves lacunes, car elle passe entièrement sous silence deux dimensions fondamentales de l'interprétation en droit, soit la contribution de l'interprète à l'élaboration du sens, et l'influence de l'application de la loi sur son interprétation[6] ».

10.- C'est donc en quelque sorte en réponse à cette théorie classique lacunaire que se sont développées des théories réaliste selon lesquelles « les textes ne présentent par eux-mêmes aucune signification a priori, celle-ci leur étant conférée par les seuls interprètes[7] ». La théorie réaliste de l'interprétation est l'une de ses théories qui prennent en compte le rôle effectif de l'interprète, le juge souverain le plus souvent.

11.- Avec la théorie de Michel Troper, on passe donc de la conception d'un juge qui ne devait et n'avait qu'à exécuter la loi, la faire appliquer, à un juge véritable créateur de la norme.

12.- La figure du juge est donc grandissante, tandis qu'en face, celle du législateur diminue. Et c'est une remise en cause directe d'une doctrine de la séparation des pouvoirs selon laquelle le juge ne doit pas créer tout le droit. Car selon Michel Troper et sa théorie réaliste de l'interprétation, le juge crée tout le droit, et présente ce postulat comme une évidence : il est impossible qu'il ne puisse pas créer le droit.

---

[4] OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* », Publication des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002, spéc. p. 385.
[5] OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, ouvrage préc. Spéc. p386.
[6] COTE Pierre-André, *« Fonction légilsative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leurs rapports »*, in Amselek (P.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, pp. 189-199, spéc. p. 193.
[7] OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, ouvrage préc. Spéc. p. 390

13.- Ce postulat de la création de la norme par l'interprétation opérée par le juge entraîne *de facto* une autre idée, logiquement complémentaire de la première, à savoir les modalités de son exercice.

14.- Michel Troper énonce de manière complémentaire une théorie, explicative du droit positif. C'est la théorie des contraintes juridiques, théorie qui vient énoncer que l'interprétation du juge est en fait le résultat de contraintes, de déterminismes, qui font qu'il n'est, au fond, pas libre.

15.- Seulement voilà, Michel Troper vient poser cette théorie des contraintes juridiques pour au final l'invalider en expliquant d'une certaine manière, qu'il n'existe pas de contraintes *juridiques* mais des contraintes *matérielles qui résultent du système juridique.*

16.- C'est alors un bon moyen de ne pas mettre prématurément à terre ce postulat qu'il avance donc dans un deuxième temps, à savoir la totale liberté juridique de l'interprète. En effet, il n'est pas contraint juridiquement, car il crée la norme qui s'impose à lui. Il crée donc son propre système juridique, et donc ses propres contraintes qui au final n'en sont plus.

17.- Alexandre Viala définit donc bien la situation : « le juge est juridiquement libre mais sociologiquement contraint[8]. »

18.- Et même si le juge semble dans son choix, limité, contraint, ces contraintes restent exogènes au droit, extérieures, de telle manière qu'elles n'affecteront pas le raisonnement juridique du juge.

19.- La notion de restriction de liberté est donc à reconsidérer. Certes le juge est déterminé par son éducation, sa psychologie, sa culture, mais dans son raisonnement juridique, il est totalement libre.

20.- Il s'agit donc de se placer à différents niveaux juridique et matériel, pour saisir ces notions de liberté, de contraintes et d'obligations.

21.- Mais tout cela reste tout de même bancal. Il apparaît que Michel Troper use d'un raisonnement parfois déterminant, et semble donc par conséquent s'éloigner du terrain du réalisme. Il ne décrit plus ce qui est, il l'imagine en quelque sorte, le suppose.

22.- La théorie semble aussi s'éloigner de la notion même de droit, niant son objet et faisant du mécanisme interprétatif un rapport de force, empreint de violence.

23.- Au vu de ces constatations, on peut donc poser la problématique suivante : quelle place occupe aujourd'hui le juge à la lecture de la théorie réaliste de l'interprétation ?

[8] VIALA Alexandre, *Philosophie du droit,* Ellipses, 2010, p. 220.

24.- Nous serons donc amenés à nous pencher tout d'abord sur le postulat conférant au juge un pouvoir normatif créateur, par le biais de son interprétation, mais toutefois limité par les différentes contraintes qui s'attachent à son exercice (Chapitre I), pour ensuite mettre en exergue le potentiel danger de cette théorie réaliste de l'interprétation qui prend place dans le postulat d'une liberté juridique totale de l'interprète dont découle une dissolution du droit lui-même et un questionnement relatif au concept de « gouvernement des juges » (Chapitre II).

Chapitre 1 : la théorie réaliste de l'interprétation révélatrice d'un juge créateur dans la contrainte

25.- La théorie réaliste de l'interprétation nous présente le juge comme un interprète créateur de la norme (Section 1) mais qui dans l'exercice de cette fonction reste limité par des contraintes posées par une théorie complémentaire, la théorie des contraintes juridiques (Section 2).

Section 1 : le pouvoir créateur normatif du juge au sens de la théorie réaliste de l'interprétation

Continuons ici ce que nous avions déjà entamé dans les propos introductifs, à savoir essayer de définir cette théorie et de comprendre pourquoi Michel Troper utilise cette méthodologie théorique pour l'avancer (§1) et ensuite analyser son postulat d'un juge créateur de la norme (§2).

§1. Le choix adéquat d'une théorie du droit

26.- Qu'est-ce que la théorie réaliste de l'interprétation ? Voici une question lourde d'intérêt en ce qu'elle rassemble en une dénomination, trois notions qui apportent individuellement leur grain de sens.

27.- Car avant de définir la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper, il est nécessaire de définir les termes qui la composent. Nous avons déjà, en introduction, défini brièvement les termes de réalisme et d'interprétation. Le réalisme étant considéré comme une attitude qui consiste à décrire le droit tel qu'il est réellement et non tel qu'il devrait être (*sein / sollen*) et l'interprétation, le mécanisme permettant de déterminer la signification d'un énoncé. Nous avions vu ensuite que lorsque cette interprétation intervenait dans un cadre normatif aux effets prescriptifs, alors elle était considérée comme juridique.

28.- Mais c'est précisément sur le terme de théorie qu'il est bon de s'attarder. Pourquoi cette approche méthodologique ? Pourquoi préférer une théorie à une philosophie ?

29.- Alexandre Viala explique que le droit tel qu'il est enseigné dans les facultés n'est pas une science, mais une technologie[9], où le juriste s'intéressera au *comment* du phénomène.

[9] AMSELEK Paul, « *La part de la science dans l'activité des juristes* », Dalloz, 1997, chron. p.337

30.- Mais ce juriste-technicien peut laisser de côté cette « technologie » au caractère descriptif, pour se tourner vers une philosophie du droit ou une théorie du droit.

31.- La philosophie permet au juriste de se poser la question du *pourquoi* du phénomène juridique. « Il s'agira pour lui d'essayer de proposer (…) quelle vérité sous-tend le devoir universel d'obéir aux règles de droit. »[10]

32.- A côté, et en dehors de toute métaphysique, il y a l'approche théorique du droit. On laisse alors la question du *pourquoi* pour s'intéresser au *quoi*, au *qu'est-ce que le droit ?*

33.- De cette démarche découle indéniablement un certain réalisme. En effet la démarche théorique ne cherche pas à satisfaire des valeurs comme la justice ou *a contrario*, à combattre l'injustice. La théorie est dépourvue de toute idéalisation et peut par conséquent parfois choquer.

34.- De plus, la théorie ne traite que de choses « universelles », communes à tous les systèmes juridiques. Eric Millard[11] et Michel Troper diront que « seul ce qui est commun à tous les droits positifs ou tout au moins à quelques droits positifs, peut faire l'objet d'une théorie. Or, les systèmes juridiques n'ont en commun que la forme et le raisonnement des juristes. Ce qui fait qu'un énoncé a la signification d'une norme juridique, c'est qu'il peut être identifié comme norme au sein d'un système juridique et la structure de ce système, sa forme, c'est-à-dire avant tout son caractère hiérarchisé, est supposé partout identique[12]. »

35.- Ainsi la théorie « s'émancipe de la chose sensible pour proposer une représentation du réel en termes de loi générale, universelle et régulière[13] ».

36.- L'approche théorique répond donc à un schéma neutre et abstrait de représentation du droit. « Les idées qui sont à l'œuvre dans la démarche théorique ont une fonction méthodologique et non pas idéologique[14] ».

37.- En ce sens, la théorie, comme l'avance Alexandre Viala, est une voie médiane, se démarquant ainsi de l'idéalisme épistémologique et de l'empirisme épistémologique.

38.- Sans tomber dans une démarche descriptive exacerbée comme le fera le technicien du droit, et en évitant l'écueil de l'idéalisme non révélateur de la réalité, c'est-à-dire en privilégiant la découverte de la réalité dans son entier, sans cacher ses défauts, la théorie apparaît comme la démarche la plus adaptée à un raisonnement objectif et neutre.

---

[10] VIALA Alexandre, *Philosophie du droit,* Ellipses, 2010, p. 8
[11] MILLARD Eric, *Théorie générale du droit,* Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2006
[12] TROPER Michel, *La Théorie du droit, le droit, l'Etat,* PUF, coll. « Léviathan », 2001, (Introduction, p. VI).
[13] VIALA Alexandre Ouvrage préc. p. 192
[14] VIALA Alexandre, Ouvrage préc. p. 191

39.- Ainsi, la théorie réaliste de l'interprétation va s'intéresser à ce que fait vraiment l'interprète, qui le plus souvent, est le juge. La théorie va occulter le devoir être, puisque c'est une théorie réaliste, mettant donc de côté ce que devrait faire le juge, ce qui est communément illustré par l'action de juger en application de la loi posée par le législateur.

40.- La théorie va donc analyser ce que fait réellement le juge : il ne fait pas qu'appliquer à la lettre une loi, il va l'interpréter. Et la théorie va plus loin en avançant que cette loi est en fait un simple énoncé, un texte, qui n'a aucune valeur normative, et que c'est l'interprétation opérée par le juge qui va lui donner sa qualité de norme.

41.- Le juge devient donc, par le biais de cette analyse théorique, un acteur dynamique du droit, en ce qu'il n'est plus la simple bouche de la loi comme le pensait Montesquieu, mais bel et bien un interprète, et le véritable auteur de la norme.

§2. Le juge comme véritable créateur de la norme

42.- « Le sens d'un texte n'est pas derrière le texte, il est devant le texte ». Ces mots de Paul Ricœur dans son ouvrage *Du texte à l'action*[15], invitent l'homme à chercher le sens des textes, non pas derrière les mots, comme un objet latent, unique et caché, mais plutôt comme « l'interprétation que peut faire un musicien d'une partition », c'est-à-dire à chaque fois différente de la précédente. C'est donc « l'action qui est la vraie interprétation du texte ».

43.- Un principe vient appuyer voire insuffler l'idée principale de la théorie de Michel Troper, c'est le principe de l'indétermination textuelle. Selon ce principe, l'énoncé posé par l'autorité (le législateur) est par principe indéterminé.

44.- « Préalablement à l'interprétation, les textes n'ont encore aucun sens mais sont seulement en attente de sens[16] ».

45.- Ces énoncés qui sont donc posés mais indéterminés n'acquièrent un sens que lorsqu'un organe d'application du droit le leur donne. Ainsi, c'est bien celui qui interprète, celui qui applique et qui donne un sens à l'énoncé qui est l'auteur de la norme, et non celui qui l'édicte : « C'est donc bien l'interprétation (…) et donc l'application (…) qui peuvent conférer (…) la signification objective de normes[17] ».

[15] RICOEUR Paul, *« Du texte à l'action »*, éd. Poche.
[16] TROPER Michel, *« Une théorie réaliste de l'interprétation »*, in *La théorie du droit, le droit, l'Etat, PUF,* Leviathan, 2001, p. 74.
[17] TROPER Michel, *« Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle »*, *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 143.

46.- L'interprète, le juge, est donc le seul véritable auteur de la norme.

47.- Comme on a pu le voir dans les propos introductifs, l'interprétation relève donc *a fortiori* d'un acte de volonté, et non d'un acte de connaissance. Michel Troper dira que « tout texte est affecté d'un certain coefficient d'interprétation et est porteur de plusieurs sens entre lesquels l'organe d'application doit choisir, et c'est dans ce choix que consiste l'interprétation[18] ».

48.- La norme n'est pas posée par l'auteur de l'énoncé, le législateur, mais par son interprète authentique.

49.- Mais qu'est-ce qu'une interprétation authentique ? C'est une interprétation opérée par une autorité juridique qui statue, qui rend des décisions aux effets de droit. Cet acte de volonté sera considéré comme valide, car émanant d'une autorité habilitée, authentique.

50.- La théorie réaliste nous amène donc à voir ce juge interprète comme « une autorité libre et normative qui crée le droit, c'est-à-dire un législateur[19] ».

51.- Pour Michel Troper, « la loi est ce que le juge dit qu'elle est[20] ».

52.- Et ce schéma là des juges créateurs de normes, de droit et de droits, se retrouve dans l'analyse des décisions des juridictions telles que le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat, la Cour de Justice de l'Union Européenne, la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

53.- Le Conseil constitutionnel en effet dégage des objectifs à valeur constitutionnelle. Cette notion apparaît dans une décision de 1982[21], au sujet de la loi relative à la communication audiovisuelle. Chacun de ses objectifs à valeur constitutionnelle trouve sa source soit dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, dans la Constitution, parfois dans le préambule de la Constitution de 1946. Ces objectifs dégagés par le juge ont valeur constitutionnelle car ils mettent en œuvre des principes constitutionnels. Ainsi, le juge crée bien la norme, ici en justifiant des atteintes ou des dérogations à des principes de valeur constitutionnelle.

54.- Le Conseil d'Etat, ou la Cour de Justice de l'Union Européenne en droit communautaire, vont dégager des principes généraux du droit. Et on saisit bien ici le caractère créateur du juge car en effet, ces principes généraux du droit, qui sont de portée générale, trouvent application même en l'absence de textes, ils sont dégagés par la jurisprudence (qui est déjà une création des juges).

---

[18] TROPER Michel « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », *précité*, p.135.
[19] VIALA Alexandre, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 119.
[20] TROPER Michel, *in* « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue de droit constitutionnel*, 2002, p. 335.
[21] Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982

55.- De la même manière, la Cour Européenne des Droits de l'Homme vient créer de nouveaux droits.

56.- Pourtant, les apparences peuvent être trompeuses. En effet, le juge, de manière consciente ou inconsciente, cache cette volonté derrière l'apparence de la connaissance. Sa manière de dire le droit répond à des réflexes méthodologiques. Le juge se sert de principes, de règles méthodologiques d'interprétation pour arriver à son jugement final. Et ce sont ces réflexes purement formels qui donnent l'impression légitime au spectateur de ce mécanisme, nous, que le raisonnement est entièrement déductif.

57.- Un exemple flagrant est à noter au niveau de la « découverte » des principes généraux du droit. En effet, l'apparence veut que ces principes généraux du droit ne soient pas créés de toute pièce mais découverts, comme s'ils étaient déjà là, préexistants. L'on droit cette hypocrisie flagrante[22] au fait que les juges ne peuvent pas prendre des arrêts de règlement[23]. Ainsi, en apparence, ils ne font que mettre en évidence et interpréter une norme existante. Les réalistes diront que cela cache sert à dissimuler un pouvoir normatif créateur des juges.

58.- Le même raisonnement est applicable pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

59.- Concernant le Conseil constitutionnel, le juge va même à plusieurs reprises à l'occasion de questions prioritaires de constitutionnalité, se justifier, se cacher derrière cette apparence que c'est le législateur qui fait la loi, et pas lui.

60.- Dans une décision du Conseil constitutionnel du 9 juillet 2010, le Conseil constitutionnel vient dire que « que l'article 61−1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit. »

61.- Le Conseil constitutionnel, comme pour se justifier, vient donc dire expressément qu'il n'est pas le législateur et qu'il n'entend pas empiéter sur son pouvoir[24]. Et pourtant, son raisonnement est indéniablement subjectif. Pourtant, derrière les apparences, le juge n'est pas que la bouche de la loi. Michel Troper vient dire que le juge n'appuie pas sa décision sur des principes mais qu'il masque sa volonté politique derrière des principes.

[22] Hypocrisie flagrante car si ces normes existent déjà, pourquoi a-t-on besoin de les découvrir par l'intermédiaire des juges ?
[23] Article 5 du Code Civil
[24] Il faut noter ici que cette attitude de se cacher derrière le législtaeur est récurrente lorsqu'il s'agit de sujets « sensibles » comme l'adoption par un couple homosexuel par exemple. Le juge ne s'avance pas, ou fait mine de ne pas s'avancer.

62.- Mais comment prouver cela ? Comme aller au-delà des apparences trompeuses et montrer que ce que dit le juge relève de sa volonté, de son entière subjectivité ?

63.- Le Conseil Constitutionnel a été saisi le 9 juillet 2010 par la Cour de cassation[25], dans les conditions prévues à l'article 61−1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mmes Isabelle D. et Isabelle B., relative à la conformité de l'article 365 du code civil, sur l'adoption et l'autorité parentale, aux droits et libertés que la Constitution garantit.

64.- Au moment de l'examen de la disposition contestée, la Conseil constitutionnel énonce ceci : « Considérant, en premier lieu, que la disposition contestée, dans la portée que lui donne la jurisprudence constante de la Cour de cassation (…)[26] ».

65.- Ainsi, le juge constitutionnel ne vient pas ici vérifier la constitutionnalité de l'article 365 du code civil directement. Le Conseil constitutionnel va juger de la constitutionnalité de cette disposition au regard de l'interprétation qu'en a fait la Cour de cassation.

66.- Cela illustre bien les propos précédents. En effet, si le juge n'était là que pour appliquer la loi telle qu'elle est posée, alors le juge constitutionnel aurait apprécié la constitutionnalité de l'article 365 du code civil directement. Or, c'est bien sur l'interprétation qu'en fait la Cour de cassation que le juge se base pour mettre en exergue ou non l'inconstitutionnalité de cette loi.

67.- Il y a donc bien, derrière les décisions des Cour dites souveraines telles que le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, la Cour de Justice de l'Union Européenne ou la Cour Européenne des Droits de l'Homme, un raisonnement subjectif faisant appel à la volonté. Et que c'est cette interprétation-là qui va créer la norme. Oliver Wendell Holmes, précurseur du réalisme en Amérique dira : « ce que j'appelle le droit, c'est une prédiction de ce que les tribunaux feront effectivement et rien de plus prétentieux que cela[27] »

68.- Nous venons ainsi de voir le premier postulat de la théorie réaliste qui est le pouvoir normatif créateur conféré au juge, et que celui-ci s'illustre de manière évidente à travers les décisions des juridictions souveraines précédemment citées.

[25] Cour de cassation, arrêt n°12143 du 8 juillet 2010

[26] Décision n° 2010−39 QPC du 06 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. (Adoption par une personne seule).

[27] « The prophecy of what the courts will do in fact and nothing more pretentious is what I mean by the Law ». Cité par Kelsen (H.), General Theory of Law and State, New-York, NY, Russell & Russell, 1945, rééd. 1961, trad. française Théorie générale du droit et de l'État, Paris, LGDJ, 1997, p. 166 de l'édit. américaine.

69.- Cette théorie réaliste de l'interprétation ne se suffit pas toutefois à elle-même. Elle trouve dans une deuxième théorie une complémentarité nécessaire à son existence ; c'est la théorie des contraintes juridiques que nous allons à présent aborder.

Section 2 : la complémentarité nécessaire de la théorie réaliste de l'interprétation avec la théorie des contraintes juridiques

70.- La théorie réaliste de l'interprétation pose le postulat d'une création de la norme par le juge, mais pour être fonctionnelle et éviter un potentiel arbitraire judiciaire par les juges, Michel Troper pose en complément la théorie des contraintes juridiques qu'il sera préalablement nécessaire de définir (§1) et d'en retirer ensuite que le juge est contraint dans le choix décisionnel qui est mis à sa disposition (§2).

§1. L'exposé préalable et nécessaire d'une théorie « contrepoids »

71.- La théorie des contraintes juridiques est définie comme « une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère[28]. »

72.- Les contraintes peuvent être de différentes natures : il y a des contraintes sociales, culturelles, psychologiques, physiologiques, et puis il y a celles qui résultent du système juridique.

73.- Ce raisonnement est en soi logique : dans la vie quotidienne, juridique ou sociale, économique ou politique, la liberté n'est jamais totale. Si c'était le cas, règnerait une anarchie sans nom. L'interprétation du juge est donc conditionnée par certaines contraintes, des éléments qui contraignent l'homme au sens général à agir d'une certaine manière plutôt qu'une autre.

74.- Ces contraintes peuvent être extérieures au système juridique et relever de facteurs ou sociologiques ou psychologiques. Ces contraintes sont des contraintes de faits : l'éducation des juges, leur idéologie, etc…

75.- Ces contraintes apparaissent donc comme un cadre qui va enserrer la liberté de l'interprète. On peut détailler les contraintes en quelques catégories : il y a les contraintes

[28] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, TROPER Michel, « *Proposition pour une théorie des contraintes juridiques* », in *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant LGDJ, La pensée juridique, 2005, p. 11.

sémantiques inhérentes au droit. En effet la matière détient un vocabulaire spécifique. Ainsi, les juges, dans leur exercice d'interprétation, doivent utiliser ces termes singuliers, de manière à ce que la communauté du droit les entende de la même manière.

76.- On peut ensuite voir des contraintes d'ordre sociétal : l'interprétation peut s'inscrire dans une dimension sociétale, c'est-à-dire que l'ensemble des valeurs du moment encadre l'interprétation du juge. Un exemple avec la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui selon ses dires, « la Convention EDH s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les états démocratiques[29] ». L'interprète est enfermé dans ces valeurs qui parlent à la société dans sa majorité. De ce fait il ne peut en sortir au risque d'un rejet.

77.- Le milieu dans lequel le juge interprète est aussi contraignant. Prenons l'exemple à nouveau de la CEDH qui est confrontée au milieu carcéral : elle est confrontée à des contraintes sociétaires, sécuritaires ou systémiques qui lui imposent une certaine retenue.

78.- Il y a aussi les contraintes contextuelles qui ont trait à la règle de droit, supérieure, inférieure.

79.- Et puis il y a à côté de ces contraintes de fait, des contraintes dites juridiques, qui résultent du système juridique.

80.- Au sein de ces contraintes juridiques, on a des règles qui « obligent » à agir d'une certaine manière. Xavier Magnon[30] les distingue en deux catégories : les règles constitutives qui créent une contrainte maximale, et des règles entraînant une contrainte au sens faible.

81.- Par « règle constitutive », il faut entendre les règles qui conditionnent la validité juridique d'une situation de fait.

82.- Xavier Magnon donne l'exemple de la règle : « le mariage doit être célébré par un officier d'état civil ». Si la cérémonie est célébrée par une autre personne que l'officier d'état civil, le mariage ne sera juridiquement pas valable. La règle constitutive est alors une contrainte maximale en ce que l'absence de son application ou sa violation entraîne indéniablement l'échec dans le dessein initial.

83.- Puis il y a les règles entraînant une contrainte au sens faible. Pour Michel Troper, c'est « lorsque des normes ont placé un individu ou un organe dans une situation telle qu'il lui faut se comporter d'une certaine manière pour agir de façon raisonnable et efficace[31] (…), lorsque les normes organisent les rapports entre autorités de telle manière que le pouvoir

[29] Arrêt CEDH, GUZZARDI c/ Italie
[30] MAGNON Xavier, *« Théorie(s) du droit »*, Ellipses, 2008.
[31] TROPER Michel, *« La liberté du juge constitutionnel », précité,* p 243 et s.

discrétionnaire des uns dissuade les autres d'exercer leur propre pouvoir discrétionnaire de façon excessive[32] ».

84.- Les uns viennent contrebalancer les autres. La collégialité entraîne la restriction de liberté.

Ce sont des contraintes peu perceptibles car naturelles et répondant à des réflexes.

85.- Le juge a donc plusieurs choix à sa disposition, et en cela, il est libre. Mais ces contraintes viennent directement restreindre le juge dans le choix qui est mis à sa disposition.

§2. Une restriction de liberté dans le choix offert au juge assise par la théorie des contraintes juridiques

86.- Peut-on être libre et déterminé à la fois ? Selon cette théorie des contraintes juridiques, oui. En effet, le juge a le choix d'adopter tel ou tel comportement, mais des données viennent déterminer ce choix.

87.- Ainsi, lorsqu'il est affirmé qu'une autorité est libre, cela ne signifie pas qu'elle est soustraite à tout déterminisme.

88.- L'interprète est libre en ce qu'il a le choix entre différentes conduites, valables.

89.- Mais ce choix-là va répondre d'un déterminisme. Les contraintes vont à ce stade-là trouver à s'appliquer, de manière consciente ou non. Car pour certaines, celles relevant par exemple de la psychologie, ou les contraintes culturelles, sont inhérentes au juge de telle manière qu'il ne s'aperçoit plus qu'il est contraint.

90.- Il n'est pas dans l'optique du juge de mettre en difficulté le législateur. Pour lui, le législateur est rationnel et il va limiter sa liberté au nom de ce postulat de rationalité du législateur[33].

91.- Et c'est donc là que la première phrase de notre travail revêt tout son intérêt : « Ministre du sens[34], le juge n'est pas pour autant promu dictateur[35] ».

92.- Et même s'il résulte de l'analyse de la liberté juridique de l'interprète qu'il n'y a pas de limite juridique à cette liberté, parce que quoi qu'il fasse ou qu'il décide, l'interprète donnera une interprétation valide, cela ne signifie pas qu'il fait pour autant n'importe quoi.

---

[32] TROPER Michel, *« La liberté du juge constitutionnel », précité,* p 244.
[33] DE BECHILLON Denys, « Réflexions critiques », *RRJ* 1994-1, p 255.
[34] RIGAUX François, « *Le juge, ministre du sens »* in *Justice et argumentation*, mélange Perelman, édition de l'Université libre de Bruxelles, 1986, p 79 et s.
[35] DE BECHILLON Denys, « Réflexions critiques », *RRJ* 1994-1, p 255.

93.- Car qu'elles soient matérielles ou juridiques, elles pèseront sur le juge, qui subira, au sein des choix qu'il aura, un déterminisme.

94.- Il est nécessaire de s'attarder sur la notion de « contraintes juridiques ». En effet, Michel Troper, en créant la théorie des contraintes juridiques, est venu distinguer les contraintes purement matérielles, telles qu'exposées dans les propos précédents, des contraintes juridiques.

95.- La théorie réaliste annonce que l'interprète se voit imposer des contraintes juridiques.

96.- Mais Michel Troper vient préciser, que contrairement à ce que l'on pourrait penser à la lecture de cette expression « contraintes juridiques », les contraintes ne sont pas juridiques ou normatives. Ce sont en fait des contraintes matérielles.

97.- A ce niveau-là, on est en droit de se poser la question suivante : « pourquoi avancer de tels propos ? Comment différencier ces « contraintes juridiques » mais qui n'en sont pas, puisqu'elles constituent des contraintes matérielles, des autres contraintes matérielles posées précédemment ? ».

98.- Michel Troper vient alors expliquer que ces contraintes juridiques sont effectivement matérielles, mais qu'elles se distinguent des contraintes purement matérielles qui résultent de faits exogènes au droit qui viennent, on l'a vu, guider voire influer sur la décision du juge par des influences psychologiques, sociétaires, culturelles.

99.- En effet, à la différence de ces contraintes strictement matérielles, les contraintes « juridiques » sont des contraintes matérielles qui « résultent du système juridique[36] ».

100.- Pourquoi sont-elles matérielles ? La théorie des contraintes juridiques vient l'expliquer en définissant un peu à sa manière, il faut l'avouer, la notion de « système juridique ».

101.- En effet pour elle, le système juridique n'est pas un ensemble de normes qui créent des obligations en droit. Pour cette théorie, le système doit être perçu comme un cadre dont les obligations juridiques qu'il crée, font résulter des effets considérés comme un ensemble de fait et non de normes, « un ensemble de circonstances matérielles[37] ».

102.- C'est précisément de cet ensemble factuel de ces circonstances matérielles que va résulter ces fameuses contraintes, considérées certes comme matérielles mais qui sont à raccrocher au système juridique.

---

[36] TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, *« Théorie des contraintes juridiques »*, Coll. `La pensée juridique', Bruylant, LGDJ, 2005. p. 2

[37] PICARD Etienne, « *Contre la théorie réaliste de l'interprétation* », Colloque sur l'office du juge, Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006.

103.- La théorie des contraintes juridiques, au vu de cette démonstration, avance donc que ces ensembles de faits liés au système juridiques, vont faire faire face à l'interprète.

104.- L'interprète doit alors choisir entre telles ou telles attitude. Il n'est donc pas libre en ce qu'il doit se conformer à ces circonstances matérielles, ces données factuelles qui le restreignent et enferment sa liberté.

105.- Nous venons de voir que l'interprète est donc contraint dans ses choix par des déterminismes, par des contraintes d'ordre matériel, purement, ou résultant du système juridique lui-même.

106.- Mais en faisant des contraintes juridiques des « contraintes matérielles résultant du système juridique », n'est-ce pas là la proclamation d'une totale liberté juridique ?

107.- En effet, qui, selon la théorie réaliste de l'interprétation, établit ce système juridique, cet ensemble de normes ? C'est le juge, par son pouvoir normatif créateur. Et Michel Troper vient dire que des contraintes résultent de ce système juridique. Si l'on pousse la définition des contraintes juridiques à son paroxysme, l'on se retrouve au final avec des contraintes matérielles et non normatives qui résultent du système juridique que créent les juges par leur pouvoir normatif créateur.

108.- En bref, les juges disposent d'une totale liberté juridique. Et en cela, la théorie est à relativiser. Non seulement le juge est libre juridiquement, mais il crée les propres conditions de l'exercice de son pouvoir, ce qui peut amener à un déclin de la notion de droit en elle-même, voire à un concept, repris aujourd'hui un peu trop souvent contre les juges, mais qui mérite tout de même que l'on s'y penche, à savoir, le gouvernement des juges.

Chapitre 2 : la relativisation nécessaire de la théorie réaliste de l'interprétation

109.- La théorie réaliste de l'interprétation est à relativiser dans la mesure où le juge, étant donné l'absence manifeste de réelles contraintes juridiques, acquiert donc une totale liberté juridique qui peut s'avérer dangereuse pour le droit (Section 1) et amener à ce qu'on appelle un gouvernement des juges (Section 2).

Section 1 : les éventuels effets pervers d'une totale liberté juridique

110.- Si le juge s'avère contraint matériellement, il ne l'est pas juridiquement, ce qui qui lui confère une liberté juridique totale (§1) qui peut se présenter comme un danger pour le droit (§2).

§1. La liberté juridique totale conférée à l'interprète

111.- Nous venons de voir dans le précédent chapitre que la norme est donc le résultat de l'interprétation de l'énoncé posé par le législateur. Avant interprétation, il n'y a donc pas de norme, mais juste un texte, un énoncé.

112.- C'est donc le juge qui crée la norme. Il a donc en ce sens une liberté car en effet, il n'est contraint juridiquement par aucune norme, puisque aucune ne le précède. Plus clairement, le droit ne peut contraindre l'interprétation puisque c'est l'interprétation qui fait la norme et donc le droit.

113.- La théorie des contraintes juridiques, théorie « complémentaire » de la théorie réaliste de l'interprétation, vient distinguer, comme on a pu l'exposer précédemment, les contraintes matérielles des contraintes juridiques.

114.- Mais Michel Troper vient dire dans un raisonnement final qu'il n'y a pas de contraintes *juridiques*. Que celles-ci sont en fait des *contraintes matérielles résultant du système juridique*. Ainsi, en faisant des contraintes juridiques des contraintes matérielles, Michel Troper met en exergue une potentielle liberté juridique totale de l'interprète. Ces contraintes sont exogènes par rapport au droit et ainsi, ne peuvent avoir d'influence juridique et normative sur l'opération d'interprétation.

115.- Cette dernière apparaît donc complètement libre à partir du moment où d'une part aucune norme juridique ne vient la limiter, et d'autre part, que les contraintes ne sont pas des normes.

116.- Le juge a donc le choix d'interpréter de telle ou telle manière. Il dispose d'une liberté juridique dans son choix[38], il peut « choisir entre plusieurs conduites également valables en droit[39] ». Le choix lui offre sa liberté.

117.- Et la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme est une bonne illustration de cette liberté. En effet, cette dernière est quasi-totale. La Cour ne souffre d'aucune limite juridique, que ce soit dans l'élaboration des obligations positives, dans la création du droit à un environnement sain par exemple, dans les décisions relatives à l'adoption par les couples homosexuels, le mariage des transsexuels, ou encore le droit à des conditions de détention conformes à la dignité. Au-delà de la création de tous ces droits, se trouve une liberté. En effet, le juge agit avec un raisonnement préétabli : « Le choix de la directive d'interprétation est subordonné au but fondamental que l'interprète cherche à atteindre lorsqu'il applique le texte[40] ».

118.- De la même manière que la CEDH, le Conseil constitutionnel jouit aussi d'une liberté dans le choix de ses objectifs à valeur constitutionnelle. Certes, l'atteinte aux principes constitutionnels ne doit pas être excessive, mais le juge jouit réellement d'un choix qui assoie sa liberté.

119.- D'où les juges tiennent-ils encore leur liberté ? On pourrait penser que cela découle du principe précédemment exposé de l'indétermination textuelle. Mais c'est précisément l'inverse qui se passe. Ce principe selon lequel le texte acquiert sa qualité de norme après interprétation découle du fait que l'interprète dispose d'une totale liberté.

120.- Est-ce alors parce que le juge est considéré comme un interprète habilité, authentique ? Michel Troper dira que non. Ce ne sont effectivement pas ses compétences qui fondent sa liberté. Car en effet, il suffira qu'il existe une Cour « plus » souveraine que la sienne pour que son interprétation ne soit plus considérée comme mécanisme créateur de norme.

---

[38] TROPER Michel, *« Une théorie réaliste de l'interprétation », précité,* p. 84.
[39] TROPER Michel, *« La liberté d'interprétation du juge constitutionnel »,* in *Interprétation et droit,* sous la direction de P. Amselek, Bruylant, 1995, p. 241.
[40] BELDA Béatrice, *« Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, 2010.

121.- C'est en fait le fonctionnement même de la « machinerie juridique[41] » qui rend la décision du juge juridiquement incontestable.

122.- *« We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*[42] *»*. Cette citation de l'affaire Brown V. Allen de 1953 se traduit par l'affirmation suivante : « nous, les juges, nous ne détenons pas le pouvoir de statuer en dernier ressort parce que nous sommes infaillibles, mais nous sommes infaillibles car nous statuons en dernier ressort. »

123.- C'est donc l'idée que le juge détient le « dernier mot » qui amène l'idée de cette liberté totale. Le juge est au bout de la chaîne du droit, et en ce sens, personne ne viendra invalider ce qu'il a décidé.

Le juge est donc libre puisque sa décision sera sans appel.

124.- Ainsi, selon la théorie, le juge est libre juridiquement, pour cause d'absence de contraintes normatives, pour cause de place dans la hiérarchie judiciaire mais aussi parce qu'étant créateur de la norme, et donc du système juridique, il crée les propres conditions de son habilitation à interpréter.

125.- Cette situation de liberté, de pouvoir quasi discrétionnaire car en grande partie fixé par le juge lui-même, entraîne une sorte d'effondrement du droit.

126.- Appuyer la théorie réaliste de l'interprétation serait admettre la négation d'un équilibre, la négation de l'objet droit. C'est ce danger latent que nous allons étudier à présent.

§2. La théorie réaliste de l'interprétation, un danger potentiel pour le droit

127.- Avec la théorie réaliste de l'interprétation, l'interprète s'éloigne de l'image habituelle que l'on nous fait du droit positif. Cette théorie est plus politique que juridique voire « quasiment négatrice de droit[43] ».

128.- En effet, dans la plupart des systèmes de droit positif, certaines valeurs sont prédominantes, notamment la participation indirecte du peuple, dans le processus d'élaboration de la norme qui lui sera appliquée, ainsi que la doctrine de la séparation des pouvoirs.

---

[41] MILLARD Eric, in *« L'architecture du droit »*, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper, D. de Béchillon, P.Brunet, V. Champeil-Desplats et E. Millard (Ed.) (2006) 725-734.
[42] *Opinion concordante dans l'affaire Brown v. Allen, 344 U.S. 443 (1953).*
[43] MAGNON Xavier, *« Théorie(s) du droit »*, Ellipses, 2008, p 149.

129.- La théorie réaliste de l'interprétation trace sur ces points-là, la démocratie et la séparation des fonctions normatives et d'application de ces mêmes normes, une rupture brutale. Elle apporte via les postulats précédemment exposés une assise au pouvoir créateur du juge de la norme.

130.- Pour la théorie, s'il y a du droit, alors il y aura liberté d'interprétation du juge. La théorie vient donc constater qu'au sein de ce système juridique, le pouvoir est énormément étendu et prête à l'interprète (quel qu'il soit, mais le juge le plus souvent) un pouvoir absolu.

131.- La liberté du juge semble rendre impossible un encadrement par le droit de ce pouvoir normatif, en effet l'autorité-interprète est juridiquement libre de donner le sens qu'il veut à un texte, un énoncé prescriptif.

132.- La théorie réaliste de l'interprétation apparaît donc comme négatrice de droit. En effet, aucune norme ne vient s'imposer à l'interprète. Les contraintes n'étant que des contraintes factuelles, l'interprète est juridiquement libre. Il n'y a trace d'aucun droit contraignant. La contrainte n'est en fait au final qu'un rapport de force.

133.- Comme nous avons pu le noter, la théorie réaliste est négatrice de toute organisation car d'une part, les autorités-interprètes sont libre juridiquement, et d'autre part, les contraintes ne font que résulter d'un système que ces interprètes ont eux-mêmes mis en place.

134.- Ainsi, mis à part les contraintes purement matérielles que nous avons exposées, juridiquement parlant, rien ne semble imposer quoi que ce soit au juge. Aucune attitude ne lui est prescrite.

135.- Pourtant, la théorie réaliste de l'interprétation n'en conclut pas cette anarchie. Pour la théorie, il y a bien une organisation, une hiérarchie, mais celle-ci est interne au discours du juge.

136.- Selon elle, le juge est un *homo juridicus* doté d'une « rationalité juridique spécifique[44] ».

137.- Ainsi, le juge, de lui-même, organisera dans son discours ce système juridique qu'il met lui-même en place.

138.- Mais cette vision du juge en bon père de famille semble idéale. Et là encore, si l'on veut faire preuve d'un réel réalisme, c'est-à-dire s'attacher à ce qui *est* et non pas à ce qui *devrait être*, on se doute bien que le juge, doté de ce pouvoir normatif créateur, de cette liberté juridique et de ce privilège de pouvoir créer les propres conditions de son exercice, va veiller

[44] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, TROPER Michel, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in Théorie des contraintes juridiques, Bruylant LGDJ, La pensée juridique, 2005, p 15.

à défendre ces acquis, à s'imposer, voire optimiser son pouvoir. C'est là la définition de l'*homo juridicus*.

139.- Pourquoi structurer sinon pour que cela lui profite ? De cette manière, on se rend compte que la théorie réaliste de l'interprétation n'est pas tellement logique et cohérente.

140.- La théorie souffre encore d'incohérence au sujet de l'habilitation de ces acteurs du droit que sont les juges. La théorie avance qu'avant interprétation il n'y a pas de normes. Donc pas d'habilitation de tel ou tel acteur juridique. La théorie de Michel Troper est donc un paradoxe, un peu à l'image de l'œuf et de la poule. Qui était là en premier, la norme ou le juge ?

141.- Pour que sa théorie tienne debout, il est forcément nécessaire que ces acteurs du droit au cœur de la théorie proviennent d'un cadre juridique, d'un système préexistant. En ce sens, la thèse que Michel Troper avance ne serait donc pas applicable à ces acteurs. Pour pouvoir se mettre en place, il faut obligatoirement que le système juridique et les personnages qu'il contient aient été préexistants.

142.- En ce sens, la théorie réaliste n'en est plus vraiment une. Tout est affaire d'autojustification. Michel Troper opère en fait à l'instar des juges un raisonnement que l'on appelle déterminant ou signifiant : l'objectif est déjà fixé, il faut trouver le moyen d'y parvenir. Ainsi, ce n'est plus du réalisme, ce n'est plus le tableau de ce qui est réellement que nous peint ici Michel Troper, mais celui de la vision de la théorie réaliste de l'interprétation.

143.- Et le même problème de manque de réalisme se pose avec la théorie des contraintes juridiques. Lorsque Michel Troper renomme les contraintes juridiques en contraintes matérielles résultant d'un système juridique, c'est pour ne pas ruiner le postulat de la liberté juridique du juge. Ne retenir que des contraintes matérielles permet de poser la liberté juridique de l'interprète : rien ne s'impose à lui car il crée la norme.

144.- La théorie apparaît donc comme un « un instrument d'auto justification. Le but est d'assurer sa propre cohérence au prix d'une défiguration de la réalité[45] ».

145.- De cela découle logiquement un élément tout aussi dangereux pour le droit, à savoir l'absence de droite ligne normative.

146.- En effet, la norme n'acquiert sa qualité de norme qu'après interprétation. Ainsi, son sens juridique est souverainement arrêté. Avant cette phase interprétative, ce n'est qu'un énoncé.

[45] PICARD Etienne, « *Contre la théorie réaliste de l'interprétation* », Colloque sur l'office du juge, Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006.

147.- La norme va donc s'imposer aux autres acteurs du droit, d'autres juges, d'autres figures du système, qui ne sont pas souverains. Et la norme va trouver à s'appliquer.

148.- Mais que fait-on des interprétations suivantes ? Lorsque la même autorité souveraine est amenée à juger une nouvelle fois sur le même problème de droit, ou un problème de droit différent, interprète t-il une norme ou un énoncé ? Selon la théorie, c'est un énoncé, sans teneur normative. Pourtant le juge, confronté au même cas auparavant, a déjà établi par sa première interprétation la qualité normative de cet énoncé.

149.- S'en suit donc un autre argument mettant en exergue l'incohérence de la théorie : soit c'est la qualité normative conférée par le juge qui sera remise en cause, soit la théorie en elle-même, car si le juge admet que ce qu'il interprète est une norme, alors cela bouleverse toute l'analyse de Michel Troper selon laquelle aucune norme ne préexiste à l'interprétation.

150.- Dit plus clairement, la norme, fraîchement créée, est en fait éphémère. En effet, les interprètes souverains sont un certain nombre, et donc chacun a une interprétation différente, tout comme l'interprétation d'une partition. Chaque musicien confèrera à la partition une interprétation différente de la précédente et de la suivante.

151.- Ainsi, comment le droit peut-il exister de manière posée ? Comment peut-il s'établir, s'ancrer ? C'est une véritable insécurité juridique que nous dépeint indirectement la théorie réaliste de l'interprétation. Plus de règle générale, plus de stabilité du droit, plus de sécurité, plus de cohérence.

152.- En définitive, au vu de cette théorie, c'est bien la force qui fait le droit. Mais le droit n'y est pour rien, car comme on l'a vu, il ne fait naître aucune ligne normative. Pour Etienne Picard, « l'Etat de droit, avec toutes les règles qu'il implique serait donc condamné à n'être qu'une notion politique, culturelle, sociologique, psychologique...Mais on sait aussi combien des Etats de droit peuvent se transformer rapidement en Etat d'une toute autre nature[46] ».

153.- Ainsi, rien n'empêcherait les interprètes créateurs de la norme de s'ériger en pouvoir arbitraire, de faire un coup d'Etat, une insurrection, en utilisant ce pouvoir d'interprétation juridiquement libre. Rien au final n'impose au juge d'agir en *homo juridicus*, rien ne les empêche de détruire cette hiérarchie des normes interne à leur discours. Rien ne les empêche d'inverser cette hiérarchie des normes, voire carrément de la faire disparaître ainsi que l'ordre juridique.

[46] PICARD Etienne, « *Contre la théorie réaliste de l'interprétation* », Colloque sur l'office du juge, Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006.

154.- Avec la théorie réaliste de l'interprétation, il n'y a donc pas tellement confusion des pouvoirs comme on pouvait le croire en début d'analyse. Il faudrait parler plutôt d'une confrontation, d'un rapport de force des pouvoirs.

155.- S'intègre donc à ce raisonnement une question qui est à la mode juridique, celle du gouvernement des juges. Un gouvernement des juges est-il possible ? Est-ce réaliste ? C'est ce que nous allons aborder dans notre dernière partie.

Section 2 : L'empiètement indéniable de la théorie réaliste de l'interprétation sur le terrain politique

156.- Nous verrons ici que cette théorie réaliste faisant du juge un interprète créateur juridiquement libre, lui confère alors un certain pouvoir et dès lors, s'il y a pouvoir, il y a concurrence et rapport de force opposable sur la scène politique (§1) pouvant mettre en exergue une dérive judiciaire vers le politique, à savoir, le gouvernement des juges (§2).

§1. Une théorie juridique sur fond de politique

157.- La théorie réaliste de l'interprétation vient légitimer le pouvoir des interprètes authentiques. Les juges se voient donc attribuer une certaines exclusivité, un monopole. Par cette théorie, seulement les juges peuvent faire ressortir du droit sa teneur, sa qualité. Selon Emmanuel Dockès, « les réaliste reconnaissent au juge une sorte de monopole de l'influence concrète et par conséquent un monopole de la juridicité[47] ». Ces réalistes par leur reconnaissance présentent donc « l'inconvénient pratique de rendre juridiquement incontestable la décision du juge ».

158.- La théorie réaliste de l'interprétation dévoile des rapports qui ne doivent pas en théorie être. La théorie juridique classique procède à une éviction d'une lecture politique des rapports juridiques.

159.- Et pourtant il est évident qu'à la lecture de cette théorie, la doctrine politique de la séparation des pouvoirs nous vient à l'esprit. Il est question de place, il est question de pouvoirs.

160.- Qu'est-ce que la séparation des pouvoirs ? C'est la distinction de pouvoirs en trois fonctions de l'Etat : l'exécutif, le législatif et le judiciaire.

[47] DOCKES Emmanuel, *Valeurs de la démocratie (huit notions fondamentales*), Editions Dalloz, Collection Méthodes du droit, Paris, 2004, p 27.

161.- Plusieurs doctrines sont apparues à propos de cette séparation des pouvoirs : l'une d'entre elle avance que ces trois fonctions de l'Etat doivent être distribuées à des autorités séparées les unes des autres et une autre prescrit de voir ces fonctions attribuées à des autorités ou organes qui interagissent.

162.- A côté, nous avons le postulat de la théorie réaliste de l'interprétation selon laquelle il est impossible que le juge ne crée pas tout le droit. Michel Troper se situe dans la branche plutôt radicale de cette doctrine car en effet, pour lui, le juge crée tout le droit. Tandis que pour d'autres, faisant preuve d'un réalisme dit modéré, expliquent que le juge participe forcément à la création du droit mais que partiellement. Il y a donc une profonde opposition entre d'une part une doctrine qui énonce que le juge ne doit pas créer le droit, et une autre qui dit que le juge, effectivement, réellement, le crée.

163.- On est donc dans un rapport de pouvoir. Le droit devient en fait, avec la théorie réaliste, une affaire de pouvoir. Et la théorie de Michel Troper pose ce problème des pouvoirs et de leurs places. Et qui dit pouvoir, dit souveraineté. Comme nous l'avions précédemment évoqué, les juges ne statuent pas en dernier ressort parce qu'ils sont infaillibles. Ils sont *a contrario* infaillibles car ils statuent en dernier ressort[48]. La justice devient donc une scène politique où les juges sont plus préoccupés par leur place, leur pouvoir, plutôt que par ce qui *devraient être* leurs préoccupations essentielles à savoir le droit, la justice, des idéaux. Mais ce qui devrait être, *en réalité*, n'est pas.

164.- Et c'est précisément cette affirmation qui entraîne un certain désenchantement du droit. En effet, il n'y a donc que des choix politiques et plus de raison dans les initiatives créatrice de droit. Le droit n'est plus un système de valeurs ou de normes structurées comme l'entendait Kelsen avec la hiérarchie des normes. Les enjeux sont tout autres.

165.- Ces nouveaux enjeux nous amènent à nous questionner sur un concept révélateur de ce rapport de force entre la politique et les juges, le gouvernement des juges.

[48] Voir supra.

§2. La dérive éventuelle vers un gouvernement des juges

166.- Un petit rappel historique est nécessaire avant d'entrer dans l'analyse. Edouard Lambert évoque pour la première fois en 1921 cette notion de gouvernement des juges dans son ouvrage *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*[49].

167.- Cela dépeint l'action du juge d'écarter la loi au profit d'une interprétation personnelle, dans un but purement politique. La notion de « gouvernement des juges » apparaît ensuite dans l'affaire Marbury v. Madison de la Cour suprême des Etats-Unis.

168.- Mais cette préoccupation d'écarter les juges d'un potentiel « gouvernement » remonte à la Révolution française. En effet, sous l'Ancien Régime, les Parlements (Cour de justice) tentaient par l'utilisation de la procédure d'enregistrement des lois de capter le pouvoir du roi à leurs fins.

169.- Cette expression de « gouvernement des juges » est particulièrement négative. Elle connote un réel pouvoir influent et sous-entend une ingérence. Il n'est donc pas vu d'un bon œil. Les hommes politiques en parlent pour montrer du doigt une jurisprudence qui ne leur convient pas, les professeurs de droit eux parlent du « spectre du gouvernement des juges » insinuant qu'il n'en est rien.

170.- Il est nécessaire de définir les termes de l'expression.
Qu'est-ce qu'un gouvernement ? C'est l'autorité habilitée à prendre des décisions qui organiseront la vie de la collectivité. Il prend l'initiative de lois votées ensuite par le Parlement. En cela, le gouvernement construit le droit.

171.- De manière générale, « participe au gouvernement toute autorité qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour prendre des décisions susceptibles d'avoir des conséquences pour l'organisation et le fonctionnement de la société[50] ».

172.- Ensuite, que font les juges ou plutôt que doivent-ils faire ? Applique la loi. Appliquer la norme posée par le législateur.

173.- Avec la théorie réaliste de l'interprétation, nous l'avons vu, le juge n'est plus la bouche de la loi mais un véritable créateur de la norme. Il construit à son tour le droit.

[49] LAMBERT Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Dalloz-Sirey coll. Bibliothèque Dalloz.
[50] TROPER Michel, *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, Conférence à Paris X-Nanterre.

174.- Par un syllogisme relativement simple, où la majeure et la mineure sont nos deux propositions précédentes, on arrive à la conclusion qu'il y aurait, sous-entendu, selon la théorie réaliste de l'interprétation, un gouvernement des juges.

175.- Est-ce le cas dans la majorité des démocraties occidentales ? Oui ça l'est. En tout cas en partie. Les juges ne font pas toute la politique mais, indéniablement y participent.

176.- Un exemple illustre bien cette participation au pouvoir politique et en même temps la réticence de l'exécutif à cette action des juges.

177.- En août 2007, lors du discours aux chefs d'entreprise, le Président de la République prononce les paroles suivantes : « Les juges doivent jouer le jeu. Jouer le jeu pour les juges, c'est ne pas se laisser tenter par le gouvernement des juges, c'est ne pas se laisser aller à devenir les arbitres de la politique et à juger la manière dont les chefs d'entreprise font leur métier ».

178.- Quelques affaires concernant des élus et des chefs d'entreprises ont un peu secoué les cages et ont révélé des violations de la loi par ces derniers. Sur un postulat d'égalité devant la loi, totalement légitime, des sanctions tombent.

179.- Et c'est quasiment une déclaration de guerre qu'ont signé les juges au moment des divers faits. Un exemple flagrant : lors de l'épisode du chef d'entreprise qui refusait d'appliquer les règles minimales de sécurité, entraînant plusieurs décès sur le chantier, le juge a été mis à défaut. En effet, aussitôt le chef d'entreprise condamné, le ministre dénonçait « un comportement inadmissible » et qu'une enquête serait ouverte à l'encontre du juge. Le chef d'entreprise tout coupable qu'il était, avançait qu'il était victime d'un complot politico-judiciaire et d'un gouvernement des juges.

180.- Un dernier exemple beaucoup plus récent car datant du 11 décembre 2010, mettant en cause sept policiers, accusés de dénonciation calomnieuse et de faux en écritures, illustre bien le débat.

181.- Et voici que le pouvoir politique se réveille, scandalisé de la lourdeur des peines appliquées aux sept policiers, à savoir de la prison ferme.

182.- Nous ne rentrerons pas dans les détails de cette affaire mais il semble qu'elle illustre bien ce rapport de force existant et dont nous faisions part plus haut.

183.- En effet, le pouvoir politique remet en cause la décision du juge, sous prétexte qu'elle est disproportionnée.

184.- Or, elle ne l'est pas, mais l'est par rapport à la jurisprudence antérieure qui démontre qu'à des faits similaires, hormis la qualité des accusés, aucune sanction de cette envergure n'a été prise.

185.- Ainsi, le juge, comme nous le disions, n'est pas contraint par quoi que ce soit. Ni par le pouvoir politique, ni par la jurisprudence antérieure. Au seul regard de son envie de punir des représentants de la force de l'ordre, qui ont tout, sauf arboré le bon comportement, le juge vient les sanctionner plus durement que les autres, en voulant sûrement montrer l'exemple.

186.- Est-ce condamnable ? Est-ce légitime de se révolter ? Non. Car au vu de la loi, la peine n'est pas disproportionnée. Ces policiers ont tout de même failli envoyer un homme devant une Cour d'Assise pour homicide involontaire, ce qui est, pour des représentants de la force de l'ordre en fonction, relativement inadmissible. Ainsi, la seule raison de cette accusation à nouveau de « gouvernement des juges » réside en l'existence historique de ce rapport de force entre le pouvoir politique et judiciaire, et que toutes les occasions pour réveiller cette bataille sont bonnes.

187.- Mais cela illustre tout de même bien la liberté que détient le juge dans l'établissement de ses peines.

188.- Liberté qui s'accompagne d'une certaine intouchabilité. En effet, s'il est mal vu pour les juges de s'immiscer dans la vie politique, il est en revanche interdit au pouvoir politique de s'immiscer dans celle des juges.

189.- En effet, critiquer publiquement le jugement rendu par le tribunal enfreint le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, qui interdit à l'exécutif de s'immiscer dans le fonctionnement de l'autorité judiciaire.

190.- Ainsi, l'article 434-25 du Code Pénal dispose que « Le fait de chercher à jeter le discrédit, publiquement par actes, paroles, écrits ou images de toute nature, sur un acte ou une décision juridictionnelle, dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende ».

191.- Cette immixtion des juges dans la politique, n'est donc pas en soi à condamner. Surtout dans ces cas là où, en théorie, aucune dérogation n'a à être distribuée, sous prétexte de la qualité du coupable, soit élu, soit chef d'entreprise, soit représentant de la force de l'ordre. Elle permettrait au contraire de rétablir un certain équilibre et de stopper certains privilèges.

192.- Ainsi, les juges peuvent trouver une légitimité à agir sur le plan politique. Mais il faut nécessairement encadrer ce pouvoir. En effet, comme nous l'avons précédemment démontré, le juge a beau être contraint par des contraintes matérielles, il demeure, juridiquement libre. Il fixe la norme, il fixe son habilitation à l'interpréter, et s'ingère dans des affaires politiques. Il demeure aussi un être humain, qui face au pouvoir, face à l'influence

grandissante de son exercice, agira plus dans ses intérêts particuliers que dans l'intérêt général.

193.- Qu'est-ce qui empêchera tel ou tel juge d'agir dans ses propres intérêts, voire pire, directement contre quelqu'un ? Rien. Si ce n'est sa propension à être tout de même un *homo juridicus*, doué de raison et de valeurs. Mais il est bien connu qu'en droit, tout principe a son exception. Il n'est donc pas inévitable qu'il y ait un jour une certaine dérive judiciaire.

194.- C'est ainsi que ce gouvernement des juges se doit d'être encadré pour éviter une dérive qui pousserait définitivement le droit dans précisément ce qu'il n'est pas, ou ne devrait pas être.

Bibliographie

Textes

- Code civil, ed.2010, Dalloz
- Code pénal, ed.2009, Dalloz

Ouvrages généraux

- VIALA Alexandre, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010.
- MAGNON Xavier, *« Théorie(s) du droit »*, Ellipses, 2008.

Ouvrages spécifiques

- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, TROPER Michel, « *Proposition pour une théorie des contraintes juridiques* », in *Théorie des contraintes juridiques,* Bruylant LGDJ, coll.La pensée juridique, 2005
- DOCKES Emmanuel, *Valeurs de la démocratie (huit notions fondamentales*), Editions Dalloz, Collection Méthodes du droit, Paris, 2004
- LAMBERT Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis,* Dalloz-Sirey coll. Bibliothèque Dalloz.
- MILLARD Eric, *Théorie générale du droit,* Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2006
- OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* », Publication des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002
- RICOEUR Paul, *« Du texte à l'action »*, éd. Poche.
- TROPER Michel, *La Théorie du droit, le droit, l'Etat,* PUF, coll. « Léviathan », 2001, (Introduction, p. VI).
- TROPER Michel, *« Une théorie réaliste de l'interprétation »*, in *La théorie du droit, le droit, l'Etat, PUF,* Leviathan, 2001

- TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe *« Théorie des contraintes juridiques* », coll.La pensée juridique, Bruylant, LGDJ, 2005.
- TROPER Michel, *« La liberté d'interprétation du juge constitutionnel* », in *Interprétation et droit,* sous la direction de Paul Amselek, Bruylant, 1995, p. 241.
- TROPER Michel, *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, Conférence à Paris X-Nanterre.

Thèse

- BELDA Béatrice, *« Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, 2010.

Articles

- AMSELEK Paul, *« La part de la science dans l'activité des juristes »*, Dalloz, 1997, chron
- MILLARD Eric, in *« L'architecture du droit »,* Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper, D. de Béchillon, P.Brunet, V. Champeil-Desplats et E. Millard (Ed.) (2006) 725-734.
- TROPER Michel, *« Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle* », *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975
- TROPER Michel, *in* « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue de droit constitutionnel,* 2002, p. 335.

Jurisprudence

Conseil constitutionnel

- Décision du Conseil constitutionnel n° 82-141 DC du 27 juillet 1982
- Décision du Conseil constitutionnel du 9 juillet 2010
- Décision n° 2010−39 QPC du 06 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. (Adoption par une personne seule).

Cour de cassation

- Cour de cassation, arrêt n°12143 du 8 juillet 2010

Cour Suprême

- *Opinion concordante dans l'affaire Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 (1953)

Colloques et journées d'études

- PICARD Etienne, « *Contre la théorie réaliste de l'interprétation* », Colloque sur l'office du juge, Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006.

Index

A

Autorité : *43, 49 et s., 87, 131 et s., 161, 170.*

C

Choix : *18, 47, 85 et s.,116 et s.*

Connaissance : *3, 47, 56, 157.*

Contraintes juridiques : *71 et s., 86 et s., 95 et s., 113 et s., 143 et s.,*

Contraintes matérielles : *15, 96 et s., 113 et s., 143, 192.*

Créateur : *11, 24, 41 et s., 52 et s., 68, 107, 120, 129, 138, 153, 173.*

D

- Déterminisme : *14, 87 et s., 105.*
- Droit : *6 et s., 27 et s., 49 et s., 111 et s., 127 et s.,*
  147 et s., 162 et s.,

E

Enoncé : *3 et s., 34, 40 et s., 111, 131, 146 et s.*

F

Force : *22, 132, 152, 165, 182 et s*

G

Gouvernement (des juges) : *108, 155, 166 et s.*

I

Interprétation : *7 et s., 26 et s., 42 et s., 65 et s., 111 et s., 127 et s., 147 et s.*Interprète : *9 et s., 45 et s., 76 et s., 88 et s., 114 et s., 130 et s., 148 et s.*

J

Juge : *1 et s., 11 et s., 17 et s., 23 et s., 41 et s., 50 et s., 65 et s., 85 et s., 111 et s., 122 et s., 136 et s., 157 et s., 166 et s.*

L

Législateur : *3, 8, 39, 48 et s., 61, 90, 111.*

Limite (à la liberté) : *90, 92, 115, 117*

Loi : *2, 39 et s., 51, 59, 66.*

N

Négatrice : *127, 132 et s.*

Norme : *2 et s., 34, 40 et s., 101, 111 et s., 124 et s., 147 et s., 164 et s.*

Normatif/ve : *7, 24 et s., 50 et s., 96, 107, 129 et s., 148 et s.*

P

Politique : *61, 73, 127, 156 et s., 167, 175 et s., 186 et s.*

Pouvoir : *1 et s., 57 et s., 83, 107 et s., 129-131, 138, 153 et s., 168 et s.*

Principe : *43, 53 et s., 61, 118 et s.*

R

Réalisme : *6, 27, 67, 142 et s., 162.*

S

Sens : *1 et s., 5 et s., 42 et s., 80 et s., 131.*

Signification : *6 et s., 8, 10, 34, 45.*

Système juridique : *15 et s., 34, 71 et s., 99 et s., 124, 137.*

T

Théorie : *28 et s.*

Théorie réaliste de l'interprétation : *3, 7 et s., 23 et s., 50, 107, 126 et s., 154 et s.*

V

Volonté : *3, 47 et s., 56, 61 et s.*

TABLE DES MATIERES

CHAPITRE 1 : LA THEORIE REALISTE DE L'INTERPRETATION, REVELATRICE D'UN JUGE CREATEUR DANS LA CONTRAINTE 7

Section 1 : le pouvoir créateur normatif du juge au sens de la théorie réaliste de l'interprétation 7

§1. Le choix adéquat d'une théorie du droit 7

§2. Le juge comme véritable créateur de la norme 9

Section 2 : la complémentarité nécessaire de la théorie réaliste de l'interprétation avec la théorie des contraintes juridiques 13

§1. L'exposé préalable et nécessaire d'une théorie « contrepoids » 13

§2. Une restriction de liberté dans le choix offert au juge assise par la théorie des contraintes juridiques 15

CHAPITRE 2 : LA RELATIVISATION NECESSAIRE DE LA THEORIE REALISTE DE L'INTERPRETATION 18

Section 1 : les éventuels effets pervers d'une totale liberté juridique 18

§1. La liberté juridique totale conférée à l'interprète 18

§2. La théorie réaliste de l'interprétation, un danger potentiel pour le droit 20

Section 2 : L'empiètement indéniable de la théorie réaliste de l'interprétation sur le terrain politique 24

§1. Une théorie juridique sur fond de politique 24

§2. La dérive éventuelle vers un gouvernement des juges 26

Bibliographie 30

Index 33